

# Different kinds of precaution. A comparative analysis of the application of the precautionary principle in five different legal orders

Citation for published version (APA):

Zander, J. (2009). *Different kinds of precaution. A comparative analysis of the application of the precautionary principle in five different legal orders*. [Doctoral Thesis, Maastricht University]. s.n. <https://doi.org/10.26481/dis.20090417jz>

## Document status and date:

Published: 01/01/2009

## DOI:

[10.26481/dis.20090417jz](https://doi.org/10.26481/dis.20090417jz)

## Document Version:

Publisher's PDF, also known as Version of record

## Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

## General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

[www.umlib.nl/taverne-license](http://www.umlib.nl/taverne-license)

## Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

[repository@maastrichtuniversity.nl](mailto:repository@maastrichtuniversity.nl)

providing details and we will investigate your claim.

## NEDERLANDSE SAMENVATTING

### 1. INLEIDING

Sinds haar opname in het Verdrag van Maastricht in 1992, en in het bijzonder sinds de voedselschandalen van de laatste jaren van de jaren 1990, wordt het voorzorgsbeginsel gezien als een fundamenteel beginsel voor milieu- en gezondheidsregelgeving in de EU. Zowel met betrekking tot de interne markt alsmede in internationale handelsbetrekkingen, wordt veelvuldig verwezen naar het voorzorgsbeginsel in de EU. In een Europese Unie die zich steeds meer bezighoudt met de negatieve effecten van menselijke ontwikkeling en economische vooruitgang, is een juridisch instrument dat vroegtijdige interventie toestaat gezien als noodzakelijk en redelijk onomstreden.

Dit boek heeft onderzocht of het mogelijk is een definitie van het voorzorgsbeginsel te onderscheiden, evenals of er sprake is van systematische en coherente elementen achter de afgifte van preventieve maatregelen op internationaal, Europees en nationaal niveau. Daarbij is een aantal factoren geïdentificeerd als zijnde instrumenteel voor de uitkomst van preventieve besluitvorming. Deze factoren zijn afzonderlijk bestudeerd in elk hoofdstuk, en ze bestaan onder andere uit de definitie van het voorzorgsbeginsel in elk rechtstelsel en, in het specifiek onderzochte beleidsterrein, de scheiding van risicoanalyse en risicomanagement, de rol van wetenschappelijk beleid, de plaatsing van de bewijslast, de rol van kosten-batenanalyse, risico inruil analyse, en de rangschikking van risico's. Waar het invloedrijk is gebleken voor de toepassing van het voorzorgsbeginsel, is de rol van de samenleving in het besluitvormingsproces ook in rekening genomen.

De staten die zijn opgenomen in de vergelijkende analyse op het nationale niveau zijn voornamelijk gekozen vanwege het feit dat ze in veel opzichten fundamentele verschillen representeren in hun benadering van het voorzorgsbeginsel. Zweden wordt in het algemeen beschouwd als een sterk voorstander van vroege voorzorgsmaatregelen, in het bijzonder met betrekking tot chemicaliën. In het Verenigd Koninkrijk heeft het voorzorgsbeginsel, aan de andere kant, niet een zodanig prominente rol en is de regelgeving voor chemicaliën veel minder streng dan

*Joakim Zander*

die van Zweden. De Verenigde Staten, ten slotte, heeft zich ontplooid op het internationale toneel als een uitdrukkelijke tegenstander van het voorzorgsbeginsel.

De beleidsterreinen die zijn vergeleken op het nationale niveau, zijn gekozen omdat ze in meerdere gevallen duidelijke verschillen in de toepassing van het voorzorgsbeginsel tonen. Het kan zijn dat staten die op een sterke variant van het voorzorgsbeginsel vertrouwen bij het reguleren van pesticiden, dat niet doen op het gebied van straling van zendmasten voor mobiele telefoons. Dit betekent dat een bepaald beleidsgebied onderhevig kan zijn aan strengere regulering dan andere beleidsgebieden, ook al zijn de gezondheidsrisico's vergelijkbaar.

## **2. HET VOORZORGSBEGINSEL IN INTERNATIONAAL RECHT**

In internationaal recht is het voorzorgsbeginsel een nog redelijk nieuw en onduidelijk concept. Hoewel de verwijzing naar een “voorzorgsbeginsel” of een “preventieve aanpak” is opgenomen in een aantal, hoofdzakelijk, sectorale internationale overeenkomsten op het gebied van milieu, hebben het Internationaal Gerechtshof en andere internationale tribunalen bewezen terughoudend te zijn tegenover de erkenning van welke juridische effecten dan ook, met uitzondering van specifieke overeenkomsten. Tot op heden is er voornamelijk op gewezen dat het moeilijk was een samenhangende praktijk en *opinio juris* te onderscheiden, welke noodzakelijk zijn voor een concept om de status van internationaal gebruik aan te nemen. Hoewel de juridische implicaties van het voorzorgsbeginsel in internationaal recht niet altijd even solide mogen zijn, was het belang van de integratie van het beginsel in internationale overeenkomsten groot. De definitie van het voorzorgsbeginsel dat is opgenomen in Beginsel 15 van de Rio Verklaring, bijvoorbeeld, is de definitie van het beginsel waarnaar het meest frequent door commentatoren en besluitnemers wordt verwezen.

WTO panels en de Beroepsinstantie hebben steeds gesteld dat het voorzorgsbeginsel zijn weerspiegeling vindt in Artikel 5.7 van de SPS-Overeenkomst, die Leden toestaat beschermende maatregelen uit te vaardigen zonder ze te baseren op risicoanalyses in geval daar onvoldoende wetenschappelijk bewijs voor bestaat. In alle andere gevallen is de voorwaarde in Artikel 5.1 van de SPS-Overeenkomst om maatregelen te baseren op risicoanalyses absoluut.

Desondanks, lijkt het bij het gedetailleerd bestuderen van de panel- en Beroepsinstantierapporten crop dat het bovengenoemde niet alle mogelijkheden tot



ten van preventieve maatregelen onder de SPS-Overeenkomst bevat. Artikel 11.1 van de SPS-Overeenkomst stelt dat wetenschappelijk bewijs slechts als laatste redmiddel voor gevallen waar wetenschappelijk bewijs onvoldoende is dat een zinvolle risicoanalyse onmogelijk uit te voeren zou zijn. De WTO-Instantie heeft verklaard dat wetenschappelijke adviezen die door een land worden ondersteund kunnen worden aangevoerd ter rechtvaardiging van preventieve maatregelen, mits ze afkomstig zijn van betrouwbare bronnen. De WTO-Instantie zal het wetenschappelijk bewijs in casu nauwkeurig bestuderen. De conclusie die is uitgevoerd door WTO-panels is in feite de nauwgezetste uitgevoerd door de bevoegde instantie van de in dit boek opgenomen rechtstelsels ook.

Zoals in sommige zaken is gedemonstreerd zullen panels bekijken of er "niet voldoende wetenschappelijk bewijs" is om een handelsbeperkende maatregel van een lidstaat te ondersteunen. Een wetenschappelijk geloofwaardig verband tussen een product en de schadeactiviteit en het beargumenteerde risico in casu moet worden vastgesteld, zelfs als het niet wetenschappelijk bewezen kan worden. Een dergelijk verband zal in detail worden bestudeerd door het WTO-panel.

Als men het bovengestelde in rekening neemt is ruimte voor WTO-leden ten op een preventieve wijze groter dan in het algemeen wordt aangenomen. Het is daad mogelijk voor Leden om maatregelen te nemen die zijn gebaseerd op niet of bewijs en zich nog steeds houden aan WTO-regels.

## HET VOORZORGSBEGINSEL IN EUROPEES RECHT

toepassing van het voorzorgsbeginsel in de EU is een zeer complex probleem. Het is, om te beginnen, gecodificeerd in Artikel 174 van het EG-Verdrag. Als daarvan is het een beginsel dat ten grondslag ligt aan elk milieubeleid in de EU. In zijn rechtspraak heeft het Europees Hof van Justitie (EHvJ) zijn toepassingsgebied uitgebreid tot kwesties van volksgezondheidsbescherming. Er is een aantal voorbeelden van hoe het voorzorgsbeginsel EG recht beïnvloedt. Het meest bekend zijn de gepubliceerde voorbeelden van de regelgeving voor genetisch gemodificeerde organismen (GGO's) en het uitgebreide pakket voor de regulering van chemische stoffen (REACH). De Europese Commissie heeft in 2000 een mededeling uitgevaardigd die ernaar streefde de toepassing van het voorzorgsbeginsel in de EU te verduidelijken. Het niet-bindende document stelt echter geen alomvattend kader voor dat kan worden bij het beschouwen van het voorzorgsbeginsel.

In zijn jurisprudentie hebben de EU rechtbanken een passieve houding aangenomen ten aanzien van problemen die omgeven zijn van wetenschappelijke onzekerheid. In de meeste gevallen biedt het een schijnbaar onbeperkte handelingsvrijheid aan de EU-instellingen waaraan de taken van regelgeving of uitvoering zijn gegeven. Dienovereenkomstig hebben de rechtbanken een grote discretie toegekend aan Lidstaten in gevallen waar preventieve maatregelen zijn genomen op basis van wetenschappelijke onzekerheid.

In sommige gevallen hebben het EHvJ en het Gerecht van Eerste Aanleg (GEA) gewezen op het belang van risicoanalyse en kosten-batenanalyse maar stelde geen bindende test vast waartegen dergelijke vereisten getest konden worden. Het GEA heeft daarentegen geoordeeld dat om regelgeving te voorkomen een eiser aan zou moeten tonen dat het risico, dat is gesteld door een Communautair orgaan belast met een regelgevende taak, onwaarschijnlijk zou materialiseren. Door het aantonen van het niet-bestaan van een risico te vereisen heeft het hof de bewijslast onmogelijk groot gemaakt. In een recente zaak heeft het GEO zijn passieve toetsing terzijde gezet en heeft geoordeeld over de gegrondheid van een zaak betreffende het pesticide paraquat. Het is onduidelijk of deze aanpak in de toekomst zal worden gehandhaafd.

Het voorzorgsbeginsel geniet duidelijk de status van een wettelijk beginsel in de EU. De EU-rechtbanken hebben het geïnterpreteerd als legitimatie voor het reguleren onder omstandigheden van wetenschappelijke onzekerheid. Een diepgaande analyse van de relevante jurisprudentie toont dat EU-instellingen of Lidstaten niet verplicht zijn het voorzorgsbeginsel te gebruiken onder omstandigheden van wetenschappelijke onzekerheid. Het is veel meer van een autoriserend aard, d.w.z. men kan op het voorzorgsbeginsel een beroep doen als sprake is van wetenschappelijke onzekerheid. Geen kwalitatieve vereisten zijn gesteld aan preventieve besluiten. In tegenstelling, het lijkt er op dat welke beslissing dan ook gerechtvaardigd kan worden in afwezigheid van wetenschappelijke zekerheid.

#### **4. HET VOORZORGSBEGINSEL IN ZWEDEN**

In Zweden is het voorzorgsbeginsel gecodificeerd in het Zweedse Milieu Wetboek en wordt verondersteld aan de basis te staan van alle gouvernementele regelgeving op het gebied van milieu en volksgezondheid. Het is niet nader gedefinieerd, maar kan het best worden beschreven als een algemeen principe dat een brede zorgplicht vestigt, in

tegenstelling tot het slechts trachten regelgeving toe te staan in geval van onzekerheid. In samenhang met het voorzorgsbeginsel, is het substitutiebeginsel, dat een individuele verantwoordelijkheid oplegt altijd het minst gevaarlijke product te kiezen indien voorhanden. Vanwege het strikte en verplichtende karakter van het voorzorgsbeginsel, zoals het is opgenomen in het Zweedse Milieu Wetboek, is het een van de verregaandste versies van het beginsel in kracht, in welk rechtstelsel dan ook.

De versie van het voorzorgsbeginsel dat van kracht is op het gebied van bestrijdingsmiddelregelgeving, wordt gebruikt in zijn volle omgang. Het Zweedse chemicaliënbeleid is uiterst restrictief en een milieubeleiddoelstelling van het Zweedse parlement stelt dat alle kunstmatige stoffen met potentieel schadelijke gevolgen uit de natuur moeten worden verwijderd voor 2020. Dit is een opmerkelijk absolute versie van het beginsel, dat in de praktijk uitgevoerd lijkt te worden door het Zweedse Agentschap voor Chemicaliën (KemI). Tevens interessant, is dat KemI geen scheiding tussen risicoanalyse en risicomanagement handhaaft en dat het regelgeving niet door kosten laat beïnvloeden.

Het Zweedse Agentschap voor Stralingbescherming heeft een Algemeen Advies uitgevaardigd dat het Zweedse standpunt betreffende straling van zendmasten samenvat. Het Algemene Advies is gebaseerd op een EU-aanbeveling van de Raad van 1999, die, op zijn beurt, de Richtlijnen van de Internationale Commissie voor bescherming tegen niet-ioniserende straling (ICNIRP) omvat. De ICNIRP richtlijnen zijn niet van nature gebaseerd op het voorzorgsbeginsel, maar zijn gebaseerd op wetenschappelijk verifieerbare thermische effecten van straling. Lokale overheden zijn nadrukkelijk verboden om regelgeving uit te vaardigen dat preventiever is dan die in plaats op het nationale niveau. Zo kan de Zweedse aanpak van zendmaststraling niet van nature beschouwd worden als zijnde geïnspireerd op het voorzorgsbeginsel.

## **5. HET VERENIGD KONINKRIJK**

In het Verenigd Koninkrijk is het voorzorgsbeginsel niet vastgelegd in welke algemene wet dan ook zoals dat het geval is in Zweden. Pas recentelijk is de Britse regering in beleidsdocumenten begonnen belang te schenken aan het voorzorgsbeginsel. Vanwege de strenge beperking van herziening van administratieve zaken kan weinig hulp ontleend worden aan jurisprudentie. Een aantal vroege zaken met betrekking tot overwegingen betreffende het voorzorgsbeginsel waren van



*Joakim Zander*

oordeel dat het beginsel, tot zo ver het van toepassing was in het Verenigd Koninkrijk, zich beperkte tot de interpretatie van maatregelen genomen om te voldoen aan EU-wetgeving. In meer recente zaken, heeft de Britse regering zich echter beroepen op het voorzorgsbeginsel en Britse rechters hebben, wanneer betwist, altijd geoordeeld dat deze handelswijze binnen de beslissingsvrijheid van de regering viel. Beleidsdocumenten beklemtonen dat voorzorgsmaatregelen aan een kosten-batnanalyse en een risico inruil analyse onderworpen dienen te worden.

Het agentschap verantwoordelijk voor bestrijdingsmiddelregelgeving in het Verenigd Koninkrijk is het Pesticide Veiligheidsdirectoraat (Pesticide Safety Directorate, PSD), dat, in de praktijk, sterke banden onderhoudt met het Ministerie voor Milieu-, Voedsel- en Plattelandzaken (Department for Environment, Food and Rural Affairs, DEFRA). In haar toepassing lijkt de Britse bestrijdingsmiddelregelgeving gevoeliger voor kosten dan de Zweedse regelgeving ook al zijn er slechts enkele formele eisen vastgesteld. In de praktijk geniet het PSD verregaande discretionaire bevoegdheid bij de afgifte van regelgeving.

Met betrekking tot zendmasten is het algemene kader in de grote lijnen vergelijkbaar met dat in Zweden. Tot op heden is het invloedrijkste rapport op dit gebied het “Stewart Rapport”, dat werd opgesteld door de Deskundigengroep voor Mobiele Telefoons (Expert Group on Mobile Phones). In het Stewart Rapport hebben onafhankelijke deskundigen in opdracht van de regering advies gegeven verregaande voorzorgsmaatregelen te nemen met betrekking tot zendmasten. Ook al heeft het Verenigd Koninkrijk deze aanbevelingen niet volledig onderschreven, regeringsbeleid is meer open voor debat gebleken over de potentieel schadelijke gevolgen van straling van zendmasten dan de Zweedse categorische weigering de kwestie te classificeren als zijnde omgeven door onzekerheid. Dit komt ook tot uiting op het lokale niveau, waar de magere en soms tegenstrijdige jurisprudentie stelt dat comités voor ruimtelijke ordening meer preventieve maatregelen zouden kunnen nemen dan nationaal zijn vastgesteld.

## **6. HET VOORZORGSBEGINSEL IN DE VS**

De VS wordt algemeen gezien als zijnde een fervent tegenstander van het voorzorgsbeginsel. Het ontbreekt het beginsel aan een plaats in de Amerikaanse statuten en de recente toename van vraag aan wetenschappelijk bewijs en het belang

van kosten-batenanalyse geven de indruk dat het niet op de Amerikaanse regelgevingagenda staat. In werkelijkheid heeft preventieve besluitvorming een interessante en ontwikkelde geschiedenis in Amerikaanse wetgeving. Sommige commentatoren hebben zelfs gesteld dat het Amerikaanse Congres een duidelijke “voorkeur voor voorzorg” heeft bij het uitvaardigen van regelgeving met betrekking tot volkgezondheid- en milieubescherming. Amerikaanse regelgeving is sterk beïnvloed door het afwegen van kosten en baten van interventie.

De Federale wet op Insecticide, Schimmelbestrijdingsmiddelen, en Ongediertebestrijding (Federal Insecticide, Fungicide and Rodenticide Act, FIFRA) is het wettelijke kader voor de regulering van bestrijdingsmiddelen in de VS. De FIFRA staat pesticiden met een “onredelijk risico” niet toe het en vereist een genuanceerder besluitvormingsproces, omdat het uiteindelijk een kosten-batenanalyse is dat bepaalt of een risico al dan niet een “onredelijk” risico vormt. Amerikaanse rechters hebben geoordeeld dat het Agentschap voor Milieubescherming (Environmental Protection Agency) een “zware last” heeft bij het verklaren waarom het überhaupt een pesticide toestaat waarvan is aangetoond dat het kankerverwekkende eigenschappen heeft.

De aanbevolen maximale hoeveelheid straling van zendmasten in de VS is vergelijkbaar met aanbevelingen in de EU. De Federale Communicatie Commissie (Federal Communications Commission, FCC) is verantwoordelijk voor het ontwikkelen van beleid ten aanzien van straling van mobiele telefoons. De FCC heeft echter herhaaldelijk gesteld dat het zichzelf niet geschikt vindt om gezondheid- en veiligheidsadviezen te geven, aangezien het daarvoor niet de juiste expertise heeft. In de praktijk vertrouwt het sterk op andere overheidsagentschappen bij het formuleren van aanbevelingen. Net als in het Verenigd Koninkrijk heeft een onafhankelijk rapport in opdracht van de regering gewezen op onzekerheden omtrent straling van zendmasten. Tot op heden zijn dergelijke onzekerheden echter niet opgevat als rechtvaardiging voor een aanpak die meer is geïnspireerd door het voorzorgsbeginsel dan in de andere onderzochte landen.

## **7. CONCLUSIE**

Dit proefschrift laat zien dat voorzorgsmaatregelen in bepaalde gevallen worden genomen door verantwoordelijke regering, ongeacht of zij het “voorzorgsbeginsel” onderschrijven. In de hier onderzochte landen wordt het voorzorgsbeginsel op ten



*Joakim Zander*

minste drie verschillende manieren toegepast. Het beginsel kan ten eerste worden gezien als een fundamenteel principe dat regeringen verplicht te handelen op een wijze die in lijn is met het voorzorgsbeginsel. Dit is de versie die gevonden kan worden in het Zweedse Milieu Wetboek. Het beginsel kan ten tweede worden gezien als een principe dat regeringen toestaat te handelen in lijn met het voorzorgsbeginsel. In, bijvoorbeeld, het Britse systeem kan de regering haar vrijwel onbeperkte discretionaire bevoegdheid gebruiken om maatregelen te nemen op basis van het voorzorgsbeginsel. Dit is ook hoe het voorzorgsbeginsel hoofdzakelijk wordt toegepast in de EU. Ten derde, zijn de VS en WTO systemen voorbeelden van stelsels waarin het voorzorgsbeginsel slechts kan worden toegepast nadat procedurele stappen zijn genomen. Het is echter ook aangetoond dat in de praktijk geen deze systemen consistent worden toegepast.

Het lijkt vaak erop dat dezelfde staat het voorzorgsbeginsel in verschillende situaties anders toepast. In stelsels waar een procedureel kader ontbreekt, kan in sommige gevallen het voorzorgsbeginsel worden gebruikt voor socio-economische doeleinden in plaats van het rationeel streven naar een algehele risicovermindering. In de EU, Zweden en het Verenigd Koninkrijk ligt het voorzorgsbeginsel niet aan de basis van rationele criteria voor algehele risicopreventie en efficiëntie. Er is geen verplichting om soortgelijke risico's met elkaar te vergelijken of om doeltreffende en efficiënte regelgeving op te stellen.

In de VS en de WTO, helpen procedurele stappen zoals kosten-batenanalyse en risico inruil analyse bij te dragen aan meer samenhangende aanpak bij het nemen van maatregelen op basis van het voorzorgsbeginsel. Toekomstig werk over het voorzorgsbeginsel moet zich richten op het uitwerken van een procedureel kader van het beginsel, in plaats van zijn definitie.